**ASIA COMMERCIAL FINANCE (M) BHD**

**lwn.**

**ISLAND RENTALS SDN BHD & YANG LAIN**

MAHKAMAH TINGGI MALAYA, PULAU PINANG
WAN ADNAN MUHAMAD H
[GUAMAN SIVIL NO: 23-193-86]
8 JUN 1998

***PROSEDUR SIVIL:*** *Penghakiman - Penghakiman ingkar - Kelewatan memfailkan permohonan untuk mengenepikan penghakiman ingkar - Lapan tahun - Budibicara mahkamah dan kewajaran di dalam sesuatu kes - Samaada mempunyai pembelaan yang bermerit - Samaada tuntutan plaintif adalah tidak regular dan tidak sah - Samada mahkamah patut memperbetulkan irregulariti*

Ini adalah rayuan defendan kedua terhadap keputusan penolong kanan pendaftar menolak permohonnya untuk mengenepikan penghakiman ingkar bertarikh 9 Mei 1987 dengan kos. Defendan kedua merupakan salah seorang penjamin kepada perjanjian pinjaman yang telah dibuat di antara plaintif dengan defendan pertama. Apabila defendan pertama gagal membayar balik pinjaman tersebut, plaintif telah mengeluarkan notis tuntutan. Pada 9 Mei 1987, penghakiman ingkar telah diperolehi terhadap defendan kedua. Pada 5 Disember 1995, defendan kedua pula membuat permohonan untuk mengenepikan penghakiman ingkar tersebut yang mana telah ditolak oleh penolong kanan pendaftar. Isu-isu utama yang berbangkit yang perlu ditentukan oleh mahkamah adalah: (a) samada kelewatan mengfailkan permohonan mengenepi penghakiman ingkar oleh defendan kedua menjadi penentu bagi menolak permohonan tersebut; dan (b) samada tuntutan di luar perjanjian yang dibuat oleh plaintif ke atas defendan kedua adalah sah.

**Diputuskan:**

**[1]** Bagi permohonan mengetepikan penghakiman ingkar, kelewatan mengfailkan permohonan bukanlah penentu untuk menolak permohonan tersebut. Mahkamah perlu juga melihat kepada merit pembelaan seseorang defendan. (*Tuan Hj Ahmad Abdul Rahman v. Arab Malaysian Finance Bhd* dan *Fira Development Sdn Bhd v. Goldwin Sdn Bhd)* .

**[2]** Tuntutan di luar peruntukan perjanjian yang dibuat oleh plaintif adalah tidak regular dan tidak sah. Oleh yang demikian, di dalam kes ini, defendan kedua mempunyai merit dalam pembelaannya. (*Co-operative Central Bank Ltd v. Meng Kuang Properties Bhd*). Kelewatan membuat permohonan untuk mengenepikan penghakiman ingkar tidak menjejaskan kewajaran permohonan itu jika penghakiman yang diberi tersebut tidak sah.

**[3]** Walaupun mahkamah diberi kuasa untuk memperbetulkan irregulariti di bawah Kaedah-Kaedah Mahkamah Tinggi 1980, A. 2 k. 1(1), tetapi dalam kes ini ia akan menjadi satu penindasan kepada defendan kedua jika penghakiman ingkar tersebut tidak diketepikan sedangkan plaintif masih boleh ketengahkan tuntutannya. Tidak akan timbul prejudis walaupun permohonan tersebut agak lewat memandangkan tuntutan plaintif adalah berdasarkan dokumen. Mahkamah mempunyai budibicara dalam mengenepikan penghakiman ingkar kerana pembetulan akan membawa ketidakadilan kepada defendan kedua.

*[Rayuan defendan kedua dibenarkan.]*

**Kes yang dirujuk:**

*Amanah Merchant Bank Bhd v. Lim Tow Choon [1994] 2 CLJ 1* ***(dirujuk)***

*Bank Bumiputra Malaysia Bhd v. Majlis Amanah Rakyat [1979] 1 MLJ 23* ***(dirujuk)***

*Co-operative Central Bank Ltd v. Meng Kuang Properties Bhd [1991] 2 CLJ 1144* ***(diikuti)***

*Fira Development Sdn Bhd v. Goldwin Sdn Bhd [1989] 1 CLJ 1* ***(diikuti)***

*Lai Yoke Ngan & Anor v. Chin Teck Kwee & Anor [1997] 3 CLJ 305* ***(dirujuk)***

*Malayan United Bank Bhd v. Mohammed Salleh Mohammed Yusoff & Ors [1988] 2 CLJ 460* ***(dirujuk)***

*Muniandy Thamba Kaundan & Anor v. D & C Bank Bhd & Anor [1996] 2 CLJ 586* ***(dirujuk)***

*Ng Hee Thoong & Anor v. Public Bank Bhd [1995] 1 CLJ 609* ***(dirujuk)***

*Sykt Joo Seng & Anor v. Habib Bank Ltd [1986] 2 MLJ 129* ***(dirujuk)***

*Tuan Hj Ahmad Abdul Rahman v. Arab Malaysian Finance Bhd [1996] 1 CLJ 241* ***(diikuti)***

**Perundangan yang dirujuk:**

Rules of the High Court 1980, O. 2 r. 1(1)

*Bagi pihak perayu - Mahinder Singh Dulku (Harjit Singh Sangay bersamanya); T/n Harjit Singh Sangay & Co*

*Bagi pihak responden - Kek Boon Wei; T/n Chew, Tan & Lim*

*Dilaporkan oleh Farah Naim*

## PENGHAKIMAN

**Wan Adnan Muhamad H:**

Saya telah membenarkan rayuan (lampiran 40) oleh defendan kedua atas keputusan Penolong Kanan Pendaftar yang dibuat pada 3 Mei 1997 yang menolak permohonan defendan kedua (lampiran 31) untuk mengetepikan penghakiman ingkar bertarikh 9 Mei 1987 dengan kos.

Latar belakang kes ini adalah seperti berikut.

Satu perjanjian pinjaman telah dibuat antara plaintif iaitu Asian Commercial Finance (M) Berhad sebuah Syarikat Kewangan berdaftar dengan defendan pertama iaitu Syarikat Island Rentals Sendirian Berhad.

Manakala defendan kedua Tan Chong Keat ialah salah seorang penjamin kepada perjanjian pinjaman tersebut melalui Surat Guarantee bertarikh 7 Jun 1985 di mana defendan kedua bertanggongan bersama untuk membuat bayaran balik bila dituntut. Jumlah yang dijamin oleh defendan kedua ialah RM320,000 dan faedah dikira atas kiraan bulanan (monthly rest) dengan kadar tiga peratus atas plaintif 'base lending rate' (BLR) sebanyak 13.5 peratus setahun atau kadar sebagaimana yang akan ditentukan oleh plaintif.

Plaintif melalui peguamnya mengeluarkan notis tuntutan menuntut sejumlah RM363,249.94 ketika 31 Mei 1986 serta faedah atas kadar 16 peratus setahun atas kiraan bulanan dari 1 Jun 1986 dan faedah belum berbayar (overdue) atas kadar 19 peratus setahun atas kiraan bulanan hingga tuntutan dibayar dan kos.

Pada 9 Mei 1987 penghakiman ingkar telah diperolehi terhadap defendan kedua dan pada 5 Disember 1995 selepas lebih dari lapan tahun penghakiman ingkar diberi terhadapnya, beliau membuat permohonan (lampiran 31) untuk ketepikan penghakiman ingkar tersebut. Permohonan beliau ditolak oleh Penolong Kanan Pendaftar dan pada 7 Ogos 1997 saya membenarkan rayuannya terhadap keputusan Penolong Kanan Pendaftar tersebut.

Prinsip undang-undang atas isu mengetepikan penghakiman ingkar telah diputuskan oleh Mahkamah Persekutuan dalam kes *Tuan Haji Ahmad Abdul Rahman v. Arab Malaysian Finance Berhad* [1996] 1 MLJ 30 dihalaman 36. Edgar Joseph Jr. HMP telah memaparkan prinsip seperti berikut (dengan idzin):

> The general rule is that when it is clearly demonstrated to the satisfaction of the court that a judgment has not been regularly obtained, the defendant is entitled to have it set aside *ex debito justitiae*, that is to say, irrespective of the merits and without terms. Having said that, it should be added that the application to set aside such a judgment should be made: (a) with reasonable promptitude, in other words within a reasonable time; and (b) before the defendant has taken any fresh step after becoming aware of the irregularity. (See O. 2 r. 2(i) of the Rules of the High Court 1980.)

Dalam kes ini ternyata kelewatannya ketara sekali berhubung dengan permohonan defendan kedua untuk ketepikan penghakiman ingkar. Ini tidak dinafikan oleh defendan kedua tetapi beliau memberi alasan atas kelewatan membuat permohonan mengetepikan. Melalui afidavitnya (lampiran 30) di perenggan 15 beliau mendeposkan seperti berikut.

> Saya memohon maaf ke atas kelambatan di pihak saya untuk memfailkan permohonan ini, oleh kerana saya tidak tahu penghakiman in default telah dimasukkan sehingga kes kebangkrapan diambil terhadap saya.

Penafian pengetahuan mengenai penghakiman ingkar telah dijawab oleh afidavit jawapan plaintif melalui Pengurus Cawangan plaintif di lampiran 32 perenggan 9. Saya akur bahawa penjelasan defendan kedua atas isu kelewatan memohon ketepikan penghakiman ingkar tidak munasabah dan tidak dapat diterima.

Bagi permohonan mengetepi penghakiman ingkar, Mahkamah Agung (ketika itu) dalam kes *Fira Development Sdn. Bhd. v. Goldwin Sdn. Bhd.* [1989] 1 CLJ 1; [1989] 1 MLJ 40 memutuskan bahawa kelewatan bukan menjadi penentu untuk menolak permohonan mengetepi penghakiman ingkar. Mahkamah tersebut telah membenarkan rayuan atas prinsip bahawa hakim bicara tidak memberi pertimbangan kepada kewajaran (merit) kes perayu defendan. Di halaman 41, Lee Hun Hoe HB (Borneo) dalam penghakiman berkata (dengan idzin):

> We are unable to agree with the reasoning of the learned judge. First, where an application is made for setting aside a judgment in default the learned judge would have to consider the merits of the case.

Beliau selanjutnya meneruskan:

> Where judgment is entered on the failure of a defendant to take any of the procedural steps laid down under the Rules of the High Court 1980, the court has an absolute discretion to set aside the judgment, if necessary, on terms and allow the case to be heard on the merits. Lord Atkin stated clearly the principles in which the court should act in *Evans v. Bartlam* [1937] AC 473 in these words:
>
> > ... The principle obviously is that unless and until the court has pronounced a judgment upon the merits or by consent, it is to have the power to revoke the expression of its coercive power where that has only been obtained by a failure to follow any of the rules of procedure.
>
> In the instant case the learned judge did not consider the judgment to be irregular. *Mallal's Supreme Court Practice*, 2nd edn, vol. 1 at p. 84 explains the position where the judgment is regular thus:
>
> > The discretion will only be exercised if the affidavit supporting the application to set aside discloses facts showing a defence on the merits; or for some very sufficient reason: *Bank Bumiputra Malaysia Bhd v. Majlis Amanah Ra'ayat* [1979] 1 MLJ 23; *Farden v. Richter* [1889] 23 QBD 124.

A defence on the merits means merely raising only an arguable or triable issue, eg contributory negligence in a running down case in *White v. Weston* [1968] 2 QB 647. A judgment in default is not a judgment on the merits: *L Oppenheim & Co v. Mahomed Haneef* [1922] 1 AC 482.

Dalam permohonan ini hanya satu isu berkewajaran mendapat pertimbangan saya bila membenarkan rayuan (lampiran 40) defendan kedua. Isunya ialah defendan mempunyai merit dalam pembelaannya kerana tuntutan dibuat di luar perjanjian.

Saranan defendan kedua melalui afidavit sokongan (lampiran 31) mengenai penghakiman ingkar diberi atas tuntutan yang tidak sah iaitu di luar peruntukan perjanjian seperti diketengahkan di perenggan 6 hingga perenggan 9 (lampiran 30). Dalam affidavit jawapan plaintif (lampiran 32), isu yang dibangkitkan defendan kedua tidak disangkal kerana plaintif tidak menyentuh dakwaan defendan kedua tersebut. (Sila lihat *Bank Bumiputra Malaysia Bhd. v. Majlis Amanah Rakyat (supra)*).

Saya kira isu mengenai tuntutan yang di luar hak plaintif seperti faedah berlebihan dan penghakiman ingkar diberi bersama faedah yang tidak dinyatakan dalam penyataan tuntutan sudah cukup asasnya bagi mahkamah ketepikan penghakiman ingkar yang tidak regular dan tak sah. Sila lihat *Co-operative Central Bank Ltd (In Receivership) v. Meng Kuang Properties Berhad* [1991] 2 CLJ 1144.

Dalam kes *Ng Hee Thoong & Anor v. Public Bank Berhad* [1995] 1 CLJ 609; [1995] 1 MLJ 281, Mahkamah Rayuan telah memutuskan bahawa apabila membuat penilaian keterangan afidavit di mana sesuatu pihak membuat penegasan positif tentang suatu isu material, kegagalan penentangnya untuk menyangkal isu itu biasanya disifatkan sebagai suatu pengakuan olehnya tentang fakta yang ditegaskan itu.

Isu material yang tidak disangkal ialah tentang faedah yang tidak konsisten dan di luar peruntukan perjanjian (lampiran 30 para 7) dan kadar faedah tidak diplid (lampiran 30 para 8 dan 9) dan notis tuntutan bercanggah dengan penyata akaun (lampiran 30 para 12).

Saya terima keterangan afidavit defendan kedua yang isu material tidak disangkal melalui keterangan afidavit balasan plaintif.

Alasan yang tidak kurang mempunyai meritnya untuk dipertimbangkan ialah notis tuntutan (lampiran 33 eks. TCK 3) adalah diluar peruntukan perjanjian. Di bawah clausa 15 surat perjanjian jaminan (lampiran 33 eks. TCK 4) jelas menyatakan tuntutan hendaklah dibayar dalam masa 14 hari selepas notis tuntutan di serah. Ini nyata bercanggah di dalam notis (lampiran 33 – eks. TCK 3) yang hanya memberi masa selama tujuh hari sahaja bagi defendan

kedua memenuhi tuntutan. Justeru itu penghakiman ingkar tidak regular seperti ini sewajarnyalah di singkir *ex debito justitiae*. (Sila lihat kes *Syarikat Joo Seng and Anor v. Habib Bank Ltd.* [1986] 2 MLJ 129).

Peguam plaintif berhujah bahawa permohonan untuk ketepikan perintah (lampiran 31) sudah terlewat. Memang benar permohonan ini menjangkau masa lebih lapan tahun. (Sila lihat *Tuan Haji Ahmad Abdul Rahman v. Arab Malaysia Finance Berhad (supra)*).

Kelewatan membuat permohonan untuk ketepikan penghakiman ingkar tidak menjejaskan kewajaran permohonan (sila lihat *Malayan United Bank Bhd v. Mohammed Salleh bin Mohammed Yusoff & Ors* [1988] 2 CLJ 460; [1988] 3 MLJ 165) tersebut jika penghakiman yang diberi tersebut tidak sah (nullity). Dalam kes *Muniandy a/l Thamba Kaundan & Anor v. D & C Bank Bhd & Anor* [1996] 2 CLJ 586; [1996] 1 MLJ 374, Mahkamah Persekutuan telah memutuskan bahawa peluputan masa tidak merupakan halangan kepada permohonan seorang defendan untuk mengetepikan penghakiman yang merupakan suatu pembatalan.

Saya bersehaluan dengan pandangan peguam defendan kedua dan hujahnya menyarankan bahawa notis tuntutan adalah batal, cacat dan tak sah kerana faedah tak berbayar tidak ditentukan dalam notis tersebut dan notis tuntutan juga tidak selaras dengan clausa 15 perjanjian guarantee yang membolehkan defendan membayar hanya dalam masa tujuh hari sedangkan clausa 15 tersebut membolehkan defendan membayar dalam masa 14 hari.

Peguam defendan kedua juga membangkitkan penyerahan notis tuntutan melalui A.R. berdaftar adalah bertentangan dengan hasrat clausa 7 Perjanjian Guarantee. Atas premis ini saya bersetuju dengan hujah peguam plaintif dan saya dapati penyerahan notis melalui AR berdaftar tidak bercanggah dengan hasrat Perjanjian Guarantee tersebut. Sila lihat *Amanah Merchant Bank Berhad v. Lim Tow Choon* [1994] 2 CLJ 1; [1994] 1 MLJ 413. Lagi pun saya berpuas hati bahawa notis berkenaan diterima oleh defendan kedua kerana alamat yang dihantar adalah alamat yang sama seperti di dalam perjanjian.

Berdasarkan kepada tuntutan berlebihan dari hak, maka sudah tentu membuat penghakiman ingkar itu irregular. Walaupun mahkamah diberikuasa untuk memperbetulkan irregulariti (A. 2 k. 1(1) Kaedah-Kaedah Mahkamah Tinggi 1980) tetapi dalam keadaan kes ini ia akan menjadi suatu penindasan kepada defendan kedua jika penghakiman ingkar tersebut tidak diketepikan sedangkan plaintif masih boleh ketengahkan tuntutannya dan tidak akan timbul prejudice walaupun permohonan (lampiran 40) agak lewat kerana tuntutan plaintif adalah berdasarkan dokumen. Kelewatan ini boleh di pampaskan dengan kos. Mahkamah mempunyai budibicara dalam ketepikan penghakiman ingkar kerana

pembetulan akan membawa ketidak adilan kepada defendan kedua. Dalam kes *Lai Yoke Ngan dan Anor v. Chin Teck Kwee & Anor* [1997] 2 MLJ 565 di halaman 578 Gopal Sri Ram HMR bagi pihak Mahkamah Persekutuan berkata:

> That power, as in all matters calling for curial discretion, is to be exercised judicially having regard to the substantial merits of a case and having particular regard to the interests of justice. Thus, for example, to say that a judgment entered for too much is automatically bad or is automatically curable is to take an extreme position that is unsustainable in law. Such a judgment may be set aside if to cure it by amendment would do greater injustice to the particular defendant. On the other hand, such a judgment may be cured by amendment if not to do thus would result in greater injustice to the plaintiff. Ultimately, it is the objective perception of a court as to where the justice in a particular case lies that determines whether the irregularity should be cured. If the court decides the particular case to be unfit for the exercise of the curative power, then it may set aside the judgment order or other proceeding.

Sehubungan dengan itu seperti alasan terbentang di atas saya membenarkan rayuan defendan kedua. Saya telah meneliti dan memberi pertimbangan kepada hujah berserta otoriti yang ditampilkan pihak plaintif tetapi isu penghakiman ingkar yang tidak regular tetap utuh kerana isu-isu yang diutarakan oleh pihak defendan kedua mengenai pembelaan bermerit dan tuntutan di luar perjanjian tidak terjawab. Ini sudah cukup bagi defendan kedua merais kejayaan atas permohonannya (lampiran 40).